Die Abtretung

von

Hypotheken und Grundschulden

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Karl Haackert

Gerichtsassessor aus Güstrow (Mecklb.)

Rostock.

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Literaturverzeichnis.

Altvater, Das BGB. für das Deutsche Reich und das Mecklenburgische Partikularrecht III. Das Grundbuchrecht. (Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege. Bd. 16 S. 72 ff.)

Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II.

Dernburg, H., Das bürgerliche Recht Bd. II. Sachenrecht, 2. Auflage.

Endemann, BGB. Bd. II Sachenrecht.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. II 2. Auflage.

Fischer, Der Hypothekenbrief im neueren Rechte. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. XIV Nr. 7 S. 233 ff.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht, des Entwurfs eines BGB. (II. Lesung).

Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Auflage 1900.

Haidlen, BGB. mit Motiven Bd. II.

Huther, Blankoabtretung von Hypotheken oder Grundschulden nach Reichsrecht. Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege. Bd. XVII S 137 ff.

Kober, Das Sachenrecht, Bd. III von Staudinger Kommentar zum BGB.

Langfeld, Mecklenburgische Ausführungsverordnungen zum BGB.

Maenner, Das Recht der Grundstücke.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II.

Meißner, Das BGB. für das Deutsche Reich. Kommentar III. Das Sachenrecht 1901.

Mittelstein, Das Hypothekenrecht des BGB.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Bd. III. Sachenrecht.

Mugdan und Falckmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Neumann, Handausgabe des BGB.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht.

Planck, BGB.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

Scherer, Sachenrecht des BGB.

Staudinger siehe Kober.

Strempel, Die Blankozession nach gemeinem Rechte.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. I.

Disposition.

A. Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über die Übertragung von Forderungen (§§ 398 bis 411 BGB,) auf die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden

B. Die Abtretung von Hypotheken.

1. Gegenseitige Abhängigkeit von Forderung und Hypothek bei der Abtretung.
2. Form der Abtretung.
3. Schutz des gutgläubigen, rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Hypothek.
4. Einwendungen des Eigentümers dem neuen Gläubiger gegenüber aus zeitlich vor der Abtretung der Hypothek liegenden Tatsachen.
5. Einwendungen des Eigentümers dem neuen Gläubiger gegenüber aus zeitlich nach der Abtretung liegenden Tatsachen.
6. Teilabtretung. Abtretung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen.
7. Abtretung von Sicherungshypotheken.

C. Die Abtretung von Grundschulden.

A. Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen (§§ 398—411 BGB.) auf die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden.

Abtretung ist nach § 398 BGB. die vertragsmäßige Übertragung einer Forderung seitens des bisherigen Gläubigers auf einen neuen. Diese Legaldefinition findet auch bei Hypotheken und Grundschulden Anwendung. Die Abtretung bildet somit eine besondere Art des Übergangs von Rechten auf einen neuen Gläubiger, welcher außer durch Rechtsgeschäft auch kraft Gesetzes und im Wege der Zwangsvollstreckung (durch Pfändung und Überweisung an Zahlungsstatt) erfolgen kann. Die Abtretung von Forderungen ist in den §§ 398—411 BGB. erschöpfend geregelt. Nach § 413 finden, was auch schon aus allgemeinen Erwägungen sich ergeben würde, die für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften auf die Übertragung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Doch ist bei diesen Rechten eine so tiefgreifende Änderung der für die Abtretung von Forderungen geltenden Vorschriften getroffen, daß von einer uneingeschränkten An-

wendung eines der erwähnten Paragraphen mit einer einzigen Ausnahme kaum die Rede sein kann. Diese Ausnahme bildet der § 409, nach welchem der Gläubiger eine Anzeige an den Schuldner, daß er die Forderung abgetreten habe, auch bei Unwirksamkeit der Abtretung gegen sich gelten lassen muß und die Anzeige nur mit Zustimmung des neuen Gläubigers zurücknehmen kann. Diese Bestimmung findet auf Hypotheken unmittelbar Anwendung. Die §§ 399 und 400 sind zwar nicht ausdrücklich geändert, doch erleiden sie durch den gutgläubigen Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches eine weitgehende Modifikation. Sämtliche andere Paragraphen dagegen sind durch Sonder-Bestimmungen ersetzt.

B. Die Abtretung von Hypotheken.

1. Gegenseitige Abhängigkeit von Forderung und Hypothek bei der Abtretung.

Die Vorschriften des BGB. über die Abtretung von Hypotheken werden eingeleitet durch den im § 1153 aufgestellten Grundsatz, daß Forderung und Hypothek nur zusammen übertragen werden können. Der Absatz 1, nach welchem mit der Übertragung der Forderung die Hypothek auf einen neuen Gläubiger übergeht, scheint nur eine Wiederholung des im § 401 bereits für die Forderungen ausgesprochenen Prinzips zu sein, doch hat er hier im Sachenrecht eine wesentlich andere Bedeutung, als bei den Schuldverhältnissen.

Während die Bestimmung des § 401 nur dispositiven Charakter hat, ist der § 1153 zwingender Natur und läßt abweichende Parteivereinbarungen nicht zu, die Bestimmung entspricht dem vom BGB theoretisch festgehaltenen Standpunkt von der akzessorischen Natur der Hypothek, welche ohne eine ihr zu Grunde liegende Forderung ein inhaltsloses Gebilde ist. Allerdings hat die Hypothek im BGB. nicht mehr den völlig unselbständigen Charakter, welchen sie im Entwurf I hatte, wo der Grundsatz streng durchgeführt war, daß mit dem

Erlöschen der Forderung stets die Hypothek unterging. Nach BGB. ist die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung in erster Linie für die Legitimation des Gläubigers bei Geltendmachung der Hypothek von maßgebender Bedeutung, sie individualisiert die Hypothek, bildet daneben aber auch die Grundlage für den Übergang der Hypothek und für den Fortbestand des dinglichen Rechts als Hypothek. Auf diesen Grundsätzen beruht die Bestimmung des § 1138, nach welcher es allerdings möglich ist, daß eine Hypothek ohne eine ihr zu Grunde liegende Forderung weiter besteht; die Forderung wird aber in diesem Falle zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers als fortbestehend fingiert. Mit dem Untergange der Forderung erlischt ferner nach BGB. die Hypothek nicht mehr, vielmehr fällt sie allerdings unter Umwandlung in eine Grundschuld nach § 1177, Absatz 1 dem Eigentümer zu. Es besteht also nicht mehr ein so enger Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothek, daß eine Trennung völlig ausgeschlossen wäre, aber doch noch immer, wie der im § 1153 aufgestellte Grundsatz beweist, ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis, welches getrennte Verfügung über beide Rechte nicht zuläßt. Nach den §§ 1153, Absatz 2, 134 wäre eine Vereinbarnng zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, nach welcher allein die Forderung ohne die für sie bestellte Hypothek übergehen sollte, nichtig; der Grundbuchbeamte müßte einen dieses Verbot verletzenden Antrag zurückweisen. Unter Umständen könnte aus einem derartigen Vertrage die Absicht des Gläubigers, auf die Hypothek Verzicht zu leisten, hervorgehen; ein solcher Verzicht müßte aber in

der im § 1168 vorgeschriebenen Form, nämlich durch Erklärung, dem Grundbuchamte oder dem Eigentümer gegenüber oder durch Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Die Hypothek würde dann dem Eigentümer zufallen und sich in eine Grundschuld verwandeln, der Gläubiger aber könnte über die Forderung frei verfügen. Solange jedoch nicht in dieser Weise der Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothek gelöst wäre, würde die Übertragung der Forderung stets den Übergang der Hypothek nach sich ziehen. In gleicher Weise ist die Übertragung der Hypothek ohne die ihr zu Grunde liegende Forderung durch § 1153 ausgeschlossen. Eine solche würde nichtig sein. Dieser Standpunkt ist vom BGB. aber ebenfalls nur theoretisch festgehalten. Das BGB. selbst gibt den Kontrahenten Mittel in die Hand, vermöge welcher sie den aufgestellten Grundsatz umgehen können. Der § 1180 ermöglicht an die Stelle der durch die Hypothek gesicherten Forderung eine andere zu setzen, und sogar eine dem bisherigen Gläubiger nicht zustehende, falls alle Beteiligten, nämlich der bisherige und der neue Gläubiger, sowie der Eigentümer dies vereinbaren und in der im § 1180 vorgeschriebenen Form erklären. Es können auf diese Weise an die Stelle einer Forderung, für welche die Hypothek besteht, mehrere und an die Stelle mehrerer Forderungen, welche durch die Hypothek gesichert sind, eine oder mehrere andere gesetzt werden. Die Protokolle II Bd. III S. 726 verneinen allerdings einen Widerspruch zwischen § 1153 und 1180 mit der Begründung, die Übertragung einer hypothekarisch gesicherten Forderung sei ein Rechtsakt, durch welchen ein Gläubiger an seine Stelle einen anderen setze; in dem

vorliegenden Falle handele es sich jedoch darum, daß die Belastung geändert werde, die Hypothek einen anderen Inhalt erhalte. Diese Ausführungen erscheinen schon vom theoretischen Standpunkt aus bedenklich, da der Inhalt der Hypothek durch die Auswechselung der Forderung, für welche sie besteht, mit einer anderen nicht geändert erscheint, vielmehr als dingliche Belastung des Grundstücks der gleiche geblieben ist; praktisch liegt aber jedenfalls in dem § 1180 die Zulassung einer getrennten Verfügung über die Hypothek und die Forderung. Auch ohne die Bestimmung des § 1180 könnten die Parteien den in diesem Paragraphen ermöglichten Zweck, die Verbindung der Hypothek mit einer anderen Forderung, erreichen, nämlich dadurch, daß der Gläubiger gemäß § 1163 auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die ihm hierdurch zufallende Eigentümer-Grundschuld nach Umwandlung in eine Hypothek gemäß § 1198 mit der Forderung eines neuen Gläubigers verbindet. Durch § 1180 hat man den Kontrahenten die Erreichung desselben Zwecks auf einem einfacheren Wege erleichtert.

Diese vom BGB. zugelassenen Ausnahmen, zu denen auch die Fälle des gesetzlichen Überganges der Hypothek auf den Eigentümer unter Erlöschen der Forderung als Eigentümer-Grundschuld zu rechnen sind, zeigen, daß der im § 1153 aufgestellte Grundsatz nur solange gilt, als das Band zwischen Hypothek und Forderung nicht aufgehoben ist, daß die Kontrahenten es aber in der Hand haben, den Zusammenhang zu lösen und dann über beide Rechte getrennt zu verfügen.

2. Form der Abtretung.

Im Gegensatz zur Übertragung einer nicht durch Hypothek gesicherten Forderung sind durch § 1154 für die Abtretung von Forderungen, für welche eine Hypothek besteht, gewisse Formvorschriften bestimmt, deren Nichtbeobachtung gemäß § 125 BGB. Nichtigkeit des Abtretungsvertrags bewirkt.

Die Bestimmungen des § 1154 sollen zwar nach der Ansicht von Fischer (Archiv für das Bürgerliche Recht XIV S. 263, Anmerkung 36) keine gesetzlichen Formvorschriften, sondern gesetzliche Bedingungen des Abtretungsvertrags enthalten, doch dürfte dieser Auffassung und den für dieselbe dort angeführten Gründen nicht beizutreten sein. Nach dieser Konstruktion würde die Abtretung der Forderung bereits mit dem lediglich mündlich geschlossenen Vertrage erfolgt sein, mit der formlosen Abgabe der Erklärung des bisherigen Gläubigers, die Forderung abzutreten, und der Annahme dieser Erklärung, seitens des neuen Gläubigers wäre, wie nach § 398, die Forderung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers ausgeschieden. Damit diesem Vertrage nach außen hin Wirkung zukommt, sollen noch Übergabe des Hypothekenbriefes und Abtretungserklärung in schriftlicher Form hinzukommen. Diese Unterscheidung zwischen der Wirkung des Vertrags nach innen unter den Kontrahenten und nach außen ist aber wohl eine kompliziertere Konstruktion, als die Annahme der Übergabe des Hypothekenbriefes und der schriftlichen Abtretungserklärung als Doppelform, welche Fischer für so umständlich hält, daß er ihre Einführung durch das BGB. für aus-

geschlossen erachtet. Übrigens bietet die Fassung des Gesetzes für diese Trennung zwischen der Wirkung der Abtretung nach innen und nach außen keinen Anhalt, das Gesetz spricht ausdrücklich von der Abtretung der Forderung, ohne hinzuzufügen: „in Ansehung der Hypothek", wie in § 1156. Also der Übergang der Forderung soll im Gegensatz zu § 398 von der Beobachtung der in § 1154 gegebenen Vorschriften abhängig sein, nicht blos derjenige der Hypothek, welche die Forderung sichern soll. Es ist diese Vorschrift eine Konsequenz des im § 1153 aufgestellten Grundsatzes, daß über Forderung und Hypothek nur gemeinsam verfügt werden kann. Ein formloser Abtretungsvertrag würde daher auch den Übergang der Forderung nicht bewirken können, sondern bedeutungslos sein. Wenn Fischer ferner der Ansicht ist, daß die Parteien aus dem der Abtretung zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrage nicht auf Vollziehung desselben in den vorgeschriebenen Formen klagen könnten, daß eine solche Klage nur bei der Auffassung derselben als gesetzliche Bedingung des Vertrags aus dem an sich formlosen Abtretungsvertrage möglich wäre, so spielt hier vielleicht die Ansicht von Endemann (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II S. 81 ff.) mit hinein, nach welcher aus dem dinglichen Vertrage ein sachenrechtlich begründeter Anspruch auf Leistung des dinglichen Rechts durch Uebergabe oder Eintragung entspringt. Doch dürfte die Auffassung von Endemann als dem Wesen des dinglichen Vertrags widersprechend abzulehnen sein, da es wohl jetzt als herrschende Auffassung anzusehen ist, daß man nicht aus der Einigung, sondern nur aus dem obligatorischen kausalen Rechtsgeschäft auf Vornahme der

fehlenden Formvorschriften klagen kann. Hiermit würde aber auch die Ansicht von Fischer fallen. Denn mag man die Bestimmungen des § 1154 als Formvorschriften oder als gesetzliche Bedingung des Vertrags auffassen, in beiden Fällen wäre eine Klage auf Vollziehung derselben aus dem an sich formlosen Abtretungsvertrage ausgeschlossen.

Die Bestimmungen des § 1154 unterscheiden zwischen der Buch- und der Briefhypothek. Für die Abtretung der Buchhypothek ist nach Absatz 3 Einigung des bisherigen und des neuen Gläubigers und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Ob die Einigung, der dingliche Vertrag der Eintragung vorausgeht oder folgt, ist hier, wie überhaupt, gleichgültig. Bezüglich der Bindung an die Einigung und der nachträglich eintretenden Verfügungsbeschränkungen kommen die §§ 873, Absatz 2 und 878 zur Anwendung. Die Eintragung erfolgt auf Grund der Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers.

Bezüglich der Gesamt-Hypothek besteht hier die Streitfrage, ob der Übergang derselben zur Voraussetzung hat, daß die Umschreibung bei allen belasteten Grundstücken erfolgt ist, oder ob es für denselben schon genügt, daß nur bei einem der Grundstücke die Abtretung eingetragen ist. Ein Antrag, eine der letzteren Ansicht entsprechende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, ist von der 2. Kommission (Prot. III S. 636 ff.) abgelehnt. Man wird sich daher wohl mit Planck § 1132,4 S. 493 gegen Turnau-Förster I S 666 § 1154 I 4 und Boehm Grundbuchrecht S. 219 wegen der juristischen Einheitlichkeit des Rechts der Gesamt-Hypothek dahin entscheiden müssen, daß der Zessionar erst in dem Zeit-

punkt als neuer Gläubiger zu gelten hat, in welchem seine Eintragung als solcher bei allen belasteten Grundstücken erfolgt ist. Eine Umschreibung, welche nur bei einigen der Grundstücke vorgenommen würde, könnte also den Übergang der Hypothek nicht bewirken, sondern höchstens die Bedeutung haben, daß sie den guten Glauben des rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Hypothek unter Umständen ausschließen würde.

Die Abtretung der Briefhypothek erfolgt durch Einigung der Parteien, Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes oder durch Einigung, Eintragung und Übergabe des Hypothekenbriefes. Falls die Übertragung der Briefhypothek ohne Eintragung bewirkt wird, ist für die Einigung einseitige Schriftlichkeit vorgeschrieben. Die Erklärung des bisherigen Gläubigers, die Forderung abzutreten, muß schriftlich erfolgen, die Annahme dieser Erklärung seitens des neuen Gläubigers kann dagegen formlos und daher auch stillschweigend, z. B. durch die Annahme des Hypothekenbriefes und der Abtretungserklärung, zum Ausdruck gebracht werden. Der bisherige Gläubiger hat seine Erklärung auf Verlangen des neuen, und zwar abweichend von § 403, soweit nichts anderes vereinbart ist, auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen. Diese Verpflichtung entspringt aus dem dinglichen Vertrage der Abtretung selbst, nicht aus dem ihm zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft. Den Anspruch auf Beglaubigung der Unterschrift hat auch ein späterer Zessionar, da er mit der Übertragung der Forderung in alle Rechte des Zedenten eintritt, daher auch dessen Recht, die Nachholung der fehlenden öffent-

lichen Beglaubigung von dem früheren Vormann zu verlangen, erwirbt. Verweigert ein früherer Gläubiger die nachträgliche Beglaubigung seiner Abtretungserklärung, so könnte demgemäß der spätere Zessionar unmittelbar gegen ihn klagbar werden, ohne erst die Vermittelung der Zwischengläubiger in Anspruch nehmen zu brauchen. Die Verpflichtung zur Nachholung der öffentlichen Beglaubigung geht auf den Erben des Zedenten und bei später eintretender Geschäftsunfähigkeit auf seinen gesetzlichen Vertreter über, welcher eine neue Abtretungserklärung abgeben und diese beglaubigen lassen muß.

Die schriftliche Form richtet sich nach § 126, die öffentliche Beglaubigung nach § 129. Letztere wird also durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt und ist daher bei den von öffentlichen Behörden in eigenen Angelegenheiten innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit in gehöriger Form ausgestellten Abtretungserklärungen, welche nach dem für die betreffende Behörde geltenden Reichs- oder Landesrecht sich als öffentliche Urkunden darstellen würden, nicht erforderlich.

Die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung hat vor der privatschriftlichen manche rechtliche Vorzüge, welche es für den Zessionar ratsam erscheinen lassen, sich stets eine solche aushändigen zu lassen. Auf Grund seines guten Glaubens wird nach § 1155 nur derjenige geschützt, welcher durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen als Gläubiger legitimiert ist. Nur bei ihrem Vorhandensein kann eine Umschreibung im Grundbuch auf den neuen Gläubiger vorgenommen werden (GO. §§ 26, 29), und der neue Gläubiger ist nur bei Vorlage von

öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen imstande, die Hypothek wirksam geltend zu machen, zu kündigen oder den Eigentümer zu mahnen, ohne einen Widerspruch desselben befürchten zu müssen (BGB. §§ 1160, 1161).

Die schriftliche Abtretungserklärung kann auf den Hypothekenbrief selbst gesetzt werden oder auf eine besondere Urkunde, welche nicht mit dem Brief verbunden zu werden braucht. Die Form, in welcher die Erklärung erfolgt, ist irrelevant, sofern nur der Übertragungswille aus den gebrauchten Worten klar hervorgeht. Es würde daher auch die Form eines Indossaments (für mich an die Ordre des A) genügen. An dasselbe würden sich aber die rechtlichen Wirkungen, welche das Indossament sonst hat, nicht knüpfen. Ob die Unterschrift der über derselben stehenden Erklärung zeitlich vorausgeht oder nachfolgt, ist für die Frage, ob das Erfordernis der Schriftlichkeit nach § 126 BGB. gewahrt ist, ohne Belang.

Hier ist nur die Streitfrage entstanden, ob das BGB. die nach früherem Recht in Preußen für Grundschulden und in Mecklenburg überhaupt gültige und im Verkehr sehr gebräuchliche Blanko-Zession noch weiterhin zuläßt, oder ob es dieselbe beseitigt. Das Gesetz selbst spricht sich darüber nicht ausdrücklich aus, die Motive zum Entwurf I, Bd. III S. 783 dagegen erklären sich für Grundschulden gegen die Aufnahme des Instituts in das Gesetz und begründen diesen Standpunkt mit den Erwägungen, daß die in Blanko zedierte Grundschuld tatsächlich den Charakter einer Schuldverschreibung auf den Inhaber annehme, daß das Gesetz durch die im praktischen Erfolge hierdurch bewirkte Zulassung der Schaffung von Inhaberpapieren ohne staatliche Ge-

nehmigung sich aber mit seinen eigenen Grundsätzen in Widerspruch setzen würde; der Wechsel könne allerdings durch Blankoindossament übertragen werden, er sei aber in der Regel unverzinslich und nur für eine kurze und im voraus bestimmte Zeitdauer berechnet, während die Grundschuld verzinslich und erst nach vorgängiger Kündigung fällig würde. Durch Zulassung der Blanko-Zession könnten sich für den Eigentümer die größten Schwierigkeiten ergeben, wenn er das Kapital kündigen oder auszahlen oder die fälligen Zinsen entrichten wolle, und nicht wisse, wer z. Zt. berechtigter Inhaber des in Blanko begebenen Grundschuldbriefes sei. Auch die Prot. II, Bd. III, S. 649—653 und S. 713 – 719 sprechen sich im wesentlichen aus den in den Motiven angeführten Gründen gegen die weitere Zulassung der Blanko-Zession aus und ergeben, daß Anträge, welche deren gesetzliche Sanktion bezweckten, von der Kommission sowohl für die Hypothek wie für die Grundschuld abgelehnt wurden. Aus der Fassung der Motive und der Zurückweisung der die Blanko-Zession befürwortenden Anträge in der Kommission II folgern denn auch, soweit zu übersehen, alle Schriftsteller mit 2 Ausnahmen, daß das Schweigen des Gesetzes die fernere Unzulässigkeit der Blanko-Zession bedeute. Nur Huther in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 17, S. 137 ff. und Scherer Sachenrecht des BGB., S. 290 ff. unternehmen den Versuch, die Fortdauer dieses Instituts für die Zukunft zu verteidigen. Allerdings hat sich dieselbe gerade hier in Mecklenburg im Verkehr einer sehr großen Beliebtheit erfreut, doch dürfte den Ausführungen von Huther und Scherer nicht zuzu-

stimmen sein (Vergl. gegen Huther: Langfeld, Meckl. AVO., § 200, 2 S. 184). Die rechtliche Natur der Blanko-Zession ist ja überaus bestritten, von den über die rechtliche Konstruktion derselben aufgestellten Theorien kommen die meisten aber für die Begründung ihrer Aufrechterhaltung durch das BGB. nicht mehr inbetracht, da sie mit der Abtretungserklärung in schriftlicher Form, welche voraussetzt, daß die Person, der abgetreten wird, bestimmt und in der Abtretungserklärung genannt ist, in Widerspruch stehen. Huther gibt dies auch zu, glaubt das Institut jedoch von einem neuen Gesichtspunkt aus für das BGB. verteidigen zu können. Er sieht in der Blanko-Zession die seitens des Blanko-Zedenten dem Empfänger derselben erteilte unwiderrufliche, veräußerliche und vererbliche Vollmacht zum endgiltigen Abschluß des Abtretungsvertrags durch die Ausfüllung der unfertigen Abtretungserklärung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers und Übergabe des Hypothekenscheines.

Weiter will Scherer auch wohl nicht gehen. Jedenfalls scheint er nicht behaupten zu wollen, daß schon beim Vorliegen einer nicht mit dem Namen des neuen Gläubigers ausgefüllten Abtretungserklärung der Übergang der Hypothek vollzogen sei.

Dieses Rechtsgeschäft ist aber keine Blanko-Zession in dem Sinne, von welchem man bisher in der Regel ausging. Die bisherigen Theorien, welche die rechtliche Natur der Blanko-Zession festzustellen suchten, gingen fast alle von der Voraussetzung aus, daß mit der Übergabe der unausgefüllten Abtretungserklärung und des Hypothekenscheins der Übergang der Forderung vollzogen

sei, daß von diesem Zeitpunkt an der bisherige Gläubiger aus dem Rechtsverhältnis als solcher ausscheide. (Vergl. Strempel, die Blanko-Zession nach gemeinem Recht §§ 7 und 8). Diese Folge hat aber die von Huther seinen Ausführungen zu Grunde gelegte terminologische Bestimmung der Blanko-Zession nicht. Wenn man ein Vollmachtsverhältnis annimmt, so würde der in Blanko abtretende Gläubiger seine Eigenschaft als Gläubiger noch solange haben, bis die unfertige Abtretungserklärung vervollständigt wäre. In der Zeit zwischen der Übergabe des Hypothekenscheins und der unfertigen Abtretungserklärung an den Bevollmächtigten und der Weitergabe an dessen Substituten würde die Forderung noch dem bisherigen Gläubiger zustehen. Bräche während dieser Zeit Konkurs über sein Vermögen aus, so könnte der Verwalter die Forderung zur Masse ziehen. Erst wenn der Name eines neuen Gläubigers in die Abtretungserklärung gesetzt wäre, würde der Blanko-Zedent aufhören, Gläubiger zu sein.

Der Zulässigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts steht allerdings keine Bestimmung des BGB. im Wege; es ist ein solcher Vertrag aber keine Blanko-Zession, sondern lediglich eine gewöhnliche Vollmacht zur Abschließung eines Abtretungsvertrages im Namen des Gläubigers mit einer vorläufig noch unbestimmten Person. Vollendet ist der Vertrag hier, wie auch sonst erst mit dem Vorliegen der mit dem Namen einer bestimmten Person ausgefüllten Abtretungserklärung Solange diese nicht vorliegt, ist er noch unfertig. Der Blanko-Zessionar ist allerdings jederzeit in der Lage, die unfertige Abtretungserklärung auf sich auszufüllen, und damit sich zum

Gläubiger zu machen; denn das Verbot des § 181, des Kontrahierens im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen, würden die Parteien ausschließen können. Daß aber der Gläubiger demjenigen, dem er den Hypothekenschein und die unausgefüllte Abtretungserklärung übergibt, im Zweifel die uneingeschränkte Vollmacht erteilt, welche Huther als gewollt feststellt, daß ihm die Persönlichkeit seines Nachfolgers in der Regel gleichgiltig erscheint, daß er besonders auf dessen Kreditwürdigkeit kein Gewicht legen sollte, ist doch in der Mehrzahl der Fälle nicht anzunehmen. Eine gesetzliche Vorschrift, welche eine Rechtsvermutung für einen so weitgehenden Umfang der Vollmacht aufstellt, ist aber nicht vorhanden und mangels einer solchen ist stets auf den Willen der Parteien zurückzugehen. Das BGB. erklärt im § 168 im Gegenteil die Widerruflichkeit der Vollmacht als die Regel und beim Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung als von dem Vollmachtgeber im Zweifel gewollt.

Es ist aber auch kaum denkbar, daß die Übertragung von Hypotheken und Grundschulden in dieser Weise sich im rechtlichen Verkehr einbürgern wird. Derjenige, welcher die Hypothek oder Grundschuld erwerben will, wird sich wohl kaum mit einer unfertigen Abtretungserklärung begnügen, er wird vielmehr wirklicher Gläubiger werden wollen, dem seine Gläubiger-Eigenschaft nicht mehr streitig gemacht werden kann. Denn durch Rechtsgeschäfte, die der bisherige Gläubiger bis zur Ausfüllung der Abtretungserklärung mit dem Schuldner oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks vornimmt, würde die Rechtsstellung des Blanko-Zessionars verschlechtert,

wenn nicht überhaupt ganz annulliert werden können, da er sämtliche Verfügungen, die der bisherige Gläubiger bis zu diesem Zeitpunkt über die Forderung trifft, gegen sich gelten lassen müßte; denn er erwirbt die Forderung immer erst in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des mit der Ausfüllung der Zession vollendeten Abtretungsvertrags befindet. Ferner müßte, wenn der erste Blanko-Zessionar die Hypothek weiter begäbe, ohne die Abtretungsurkunde auszufüllen, jeder spätere Erwerber wegen der Beglaubigung der Unterschrift des Abtretenden sich noch an denselben wenden und würde wenn dieser die Echtheit seiner Unterschrift nicht anerkennen will oder überhaupt bestreitet, dem ersten Inhaber des Hypothekenbriefes und der unfertigen Abtretungsurkunde eine uneingeschränkte Vollmacht, an jeden Beliebigen die Forderung abzutreten, erteilt zu haben, und demgemäß die Genehmigung des Abtretungsvertrages verweigert, den Nachweis, daß er Gläubiger geworden wäre, erbringen müssen. Huther S. 153 ff. operiert allerdings auch hier mit der Rechtsvermutung, daß derjenige, welcher eine Blanko-Abtretungsurkunde mit angefügter Erklärung des Gläubigers, den Gegenwert erhalten zu haben, und ohne angefügte Beschränkung der Vollmacht von dem Gläubiger mit dem Briefe erhalten hat, als uneingeschränkter Bevollmächtigter gilt, und hält daher den abtretenden Gläubiger für beweispflichtig für das Fehlen oder die Beschränkung der Vollmacht. Doch dürfte diese Rechtsvermutung, wie oben erwähnt, nicht ohne Weiteres anzunehmen und daher auch die von Huther behauptete Verteilung der Beweislast abzulehnen sein.

Die von Huther für seine Ansicht angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd IV, S. 175 ff. und Strempel a. a. O., S. 95 ff. gehen von ganz anderen Voraussetzungen als er aus. Nach ihnen ist mit dem lediglich mündlich abgeschlossenen Vertrage die Zession vollwirksam vollzogen und die Blanko-Zession nur ein Beweismittel für dieselbe. Bei dieser Annahme würde natürlich eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, daß der Inhaber des Hypothekenbriefes und der Zessionsurkunde auch wirklich Gläubiger ist, und würde man daher dem Gegner den Gegenbeweis aufbürden. Anders liegt es aber bei dem bloßen Vorliegen einer Vollmacht. Solche in dem von Huther vorausgesetzten Umfange im Zweifel anzunehmen, entspricht weder den tatsächlichen Verhältnissen, noch der Absicht der Parteien.

Im Fall der Blanko-Zessionar den ihm obliegenden Nachweis der Echtheit der Unterschrift oder des Vorhandenseins der Vollmacht nicht erbrächte, könnte er nur den Vertreter, welcher vorgab, bevollmächtigt zu sein, nach § 171 BGB. wegen etwaigen Schadensersatzes in Anspruch nehmen, während er selbst verpflichtet wäre, an den bisherigen Gläubiger den Hypothekenbrief zurückzugeben, da dieser Gläubiger und demgemäß auch Eigentümer des Briefes gemäß § 952 BGB. geblieben wäre. Er würde beim Fehlen eines Anspruches gegen den Vollmachtgeber nicht einmal ein Zurückbehaltungsrecht am Briefe geltend machen können. Wegen dieser Schwierigkeit wird im Verkehr wohl in Fällen, in denen nur eine fiduziarische Abtretung bewirkt werden soll, in der Regel sofort die vollständige Abtretung der Forderung durch schriftliche Abtretungserklärung ohne öffentliche Beglaubi-

gung der Unterschrift und in einer besonderen, von der Hypothek getrennten Urkunde gewählt werden. Dagegen ist insoweit Huther wohl zu folgen, daß die öffentliche Beglaubigung einer Blanko-Zession für unzulässig zu erachten ist. Es erstreckt sich allerdings die Beglaubigung nur auf die Unterschrift des bisherigen Gläubigers, aber aus dem Worte: „Unterschrift", welche das über ihr stehende decken soll, folgt, daß schon eine fertige schriftliche Erklärung vorliegen muß (§ 129 BGB.). Solange die schriftliche Erklärung noch Lücken aufweist, ist eine Beglaubigung des unter dieser Erklärung stehenden Namens unzulässig. Jedenfalls müßte der beglaubigende Notar auf die Lücke in der schriftlichen Erklärung hinweisen. Daß die Abtretungserklärung offensichtlich nichtig wäre, würde diese Bedeutung nicht haben und die Beglaubigung der Unterschrift nicht hindern. Die Prüfungspflicht und das Prüfungsrecht des beglaubigenden Notars würde nur soweit gehen, als er den Nachweis der Vollständigkeit der Abtretungserklärung verlangen könnte und müßte.

Die für die Briefhypothek vorgeschriebene schriftliche Form der Abtretungserklärung kann nach § 1154, Absatz 2 durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden. Dieselbe erfolgt auf Grund der öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung oder Abtretungserklärung des bisherigen, des Antrags des bisherigen oder neuen Gläubigers und der Vorlage des Hypothekenbriefes, auf welchem die Umschreibung auf den neuen Gläubiger vom Grundbuchamt vermerkt wird. (GO. §§ 13, 19, 26, 42).

Bei der Briefhypothek schreibt das Gesetz als ein weiteres Erfordernis für die Abtretung der Forderung die Übergabe des Hypothekenbriefes vor. Hier zeigt sich die wichtigste Aufgabe des Briefes, nämlich diejenige, den Übergang der Hypothek auch außerhalb des Grundbuches zu vermitteln und damit die Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu erleichtern. Die Übergabe erfolgt nach den Bestimmungen des § 1117. Ist der neue Gläubiger im Besitz des Hypothekenbriefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei. Ferner kann auch hier, was besonders für die Abtretung der Forderung durch Eintragung in das Grundbuch von Wichtigkeit ist, die Übergabe durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Dieses Abkommen kann an sich mündlich getroffen werden, muß aber dem Grundbuchamt in grundbuchmäßiger Form (GO. § 29) nachgewiesen werden. Es bewirkt, da es der Abtretung des Herausgabeanspruchs gleichsteht, daß der Zessionar mit dem Augenblick seiner Eintragung Gläubiger der Forderung wird, noch bevor ihm der auf ihn umgeschriebene Brief ausgehändigt ist. Hat das Grundbuchamt ohne eine solche Vereinbarung den Hypothekenbrief dem neuen Gläubiger ausgehändigt, so hat derselbe zwar die Vermutung für sich, daß die Übergabe des Briefes erfolgt sei, aber der Zedent kann diese Vermutung durch den Nachweis entkräften, daß der Zessionar ohne seinen Willen den Besitz des Briefes erlangt hat. Gegen Fuchs, Grundbuchrecht S. 485 N. 4 γ wird man die Aushändigung der schriftlichen Abtretungserklärung an den Gläubiger mit Planck § 1154 b δ verlangen

müssen, da das Wort „erteilen“: „ausstellen und aushändigen“ bedeutet und nicht identisch ist lediglich mit „ausstellen“.

Die beiden von § 1154 für die Abtretung der Briefhypothek gegebenen formellen Vorschriften der Abtretungserklärung in schriftlicher Form bezw. der Eintragung und der Übergabe des Hypothekenbriefes stehen gleichwertig nebeneinander. Die zeitliche Reihenfolge, in welcher sie vorgenommen werden, ist rechtlich irrelevant. Solange eines der beiden Erfordernisse nicht erfüllt ist, steht die Forderung noch dem bisherigen Gläubiger zu. Die bloße Besitzübergabe des Hypothekenbriefes würde demjenigen, der einen persönlichen Anspruch auf Abtretung der Forderung hat, nur ein Zurückbehaltungsrecht an demselbeu gewähren, dagegen den Übergang der Hypothek nicht bewirken.

Die Formvorschriften des § 1154 gelten aber nur solange, als die Forderung und die Hypothek neben einander bestehen. Ist der Zusammenhang zwischen beiden gelöst, so kann über beide Rechte getrennt verfügt werden. Auf die Übertragung der Forderung kommen dann die Vorschriften der §§ 398—413 zur Anwendung, während die Übertragung der Hypothek oder der durch die Loslösung von der Forderung entstandenen Grundschuld sich auch fernerhin nach den sachenrechtlichen Vorschriften vollziehen würde.

Aus dieser Trennung kann sich eine Reihe von Fragen ergeben, wie sie Hachenburg (Beiträge S. 114) aufwirft, z. B. ob der Schuldner sich auf das Grundbuch stützen, eine formlose Zession also für nichtig ansehen kann, wenn z. Zt. derselben die Verbindung zwischen

Hypothek und Forderung noch grundbuchmäßig feststand, der Veräußerer aber die Zusage des Verzichts auf die Hypothek dem Erwerber der Forderung mitgeteilt hatte und infolge dieses Versprechens nach der Zession den Eintrag des Verzichts bewilligt und somit den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer bewirkt, ob also mit anderen Worten eine formlose Zession dadurch wirksam wird, daß nachträglich die Ursache der Formvorschrift, die Hypothek, fortfällt. Man wird diese letztere Frage wohl verneinen und daher in obigem Falle die formlose Abtretung für nichtig halten müssen. Ebenso würde eine ohne Eintragung erfolgte Übertragung einer durch Buchhypothek gesicherten Forderung nicht dadurch gültig werden, daß der Veräußerer mit dem Eigentümer nach der Zession die Verbindung der Hypothek mit einer anderen Forderung gemäß § 1180 durchführt.

3. Schutz des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Hypothek.

Da die Abtretung von Hypotheken, bei welchen die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, sich lediglich nach den für die Übertragung von Rechten an Grundstücken bestimmten allgemeinen Vorschriften der §§ 873, 878 richtet, finden auf den gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb solcher Hypotheken die Bestimmungen der §§ 891 bis 899 unmittelbare Anwendung. Dieser Satz gilt auch für die Briefhypothek, soweit sich deren Übergang im Wege der Eintragung vollzieht. Etwas anderes ist es, wenn die Abtragung der hypothekarisch gesicherten Forderung außerhalb des Grundbuches erfolgt.

Um jedoch auch in solchem Falle den gutgläubigen Erwerb zu schützen, schreibt der § 1155 vor, daß die §§ 891 - 899 auf denjenigen Besitzer des Hypothekenbriefes, dessen Gläubigerrecht sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt, in gleicher Weise Anwendung finden, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Diese Gleichstellung des in der erwähnten Weise legitimierten Gläubigers mit einem eingetragenen war notwendig, um den Zweck des Briefes, den Übergang der Hypothek von dem Erfordernis der jedesmaligen Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch zu befreien, vollständig zu verwirklichen.

Um aber eine gewisse Gewähr dafür zu haben, daß aus der Gleichstellung der beiden Übertragungsarten, der Eintragung und der schriftlichen Abtretungserklärung, sich keine Gefahren für den Verkehr ergeben, daß derjenige, welcher ohne Eintragung die Hypothek erwirbt, auch wirklich Gläubiger geworden ist, erstreckt das BGB. die Geltung der erwähnten Paragraphen nur auf die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung. Eine privatschriftliche Urkunde ist daher für die Abtretung der Hypothek zwar genügend, aber sie bewirkt insofern keinen vollgültigen Erwerb der Hypothek, als der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht auf sie ausgedehnt wird. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß bei einer privatschriftlichen Abtretungserklärung jede Berufung auf die §§ 891 bis 899 ausgeschlossen waren. Wie die Prot. II. Bd. VI S. 267 ausdrücklich klar stellen, ist mit dem § 1155 nicht eine Einschränkung der Vorschriften des § 892,

sondern eine Erweiterung derselben beabsichtigt. Soweit der Inhalt des Grundbuches schon den öffentlichen Glauben begründet, kann sich auch der durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung Legitimierte auf denselben berufen. Zu seinen Gunsten gilt also nach Grund des § 892 des BGB. der Inhalt des Grundbuchs als richtig und damit die Hypothek als so bestehend, wie sie im Grundbuch eingetragen ist. Alle Einwendungen, welche gegen die Entstehung der Hypothek geltend gemacht werden könnten, z. B., daß der sie begründende dingliche Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder als Scheingeschäft nichtig sei, sind also, soweit sie nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind, ihm gegenüber *ausgeschlossen*.

Legitimiert im Sinne des § 1155 ist aber nur derjenige, dessen Gläubigerrecht sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Voraussetzung ist also, daß der Zedent der folgenden immer Zessionar der vorhergehenden Abtretungserklärung war und die hierdurch sich ergebende Reihe auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführt. Ist auch nur eine der Abtretungserklärungen nicht beglaubigt, so ist hierdurch die Reihenfolge unterbrochen und der § 1155 seinem Wortlaute nach überhaupt nicht anwendbar. In diesem Falle wäre demnach jeder spätere Erwerber allen Einreden, welche das Gläubiger- und Verfügungsrecht seiner Vormänner betreffen, preisgegeben. Diese Konsequenz wird man aber als mit dem Sinn des § 1155 unvereinbar ablehnen müssen. Hat nämlich nach einer Reihe von beglaubigten Abtretungserklärungen

jemand die Hypothek durch eine privatschriftliche Urkunde erworben, so kann er sich jedenfalls auf die Regel des § 1155 insoweit berufen, als sein Vormann ihm gegenüber als eingetragen gilt, aber er überträgt diese Rechtsstellung auch auf seine Nachfolger. Diese erwerben das Recht in dem Umfange, in welchem er es besessen, und können demgemäß die für ihn geltenden Rechtsvermutungen für sich in Anspruch nehmen, also sich darauf berufen, daß ihnen gegenüber der letzte durch eine zusammenhängende Reihe von beglaubigten Abtretungserklärungen legitimierte Gläubiger so anzusehen ist, als wenn er eingetragen wäre, und daß Einreden aus seinem oder seiner Vormänner Gläubiger- oder Verfügungsrecht ihnen gegenüber in demselben Umfange unzulässig sind, wie sie es ihrem Vormanne gegenüber waren. Der auf den letzten gemäß § 1155 legitimierten folgende Gläubiger, welchem eine unbeglaubigte Abtretungserklärung ausgehändigt ist, schneidet also stets die Einreden aus der Person seiner Vormänner ab. An sich könnte man annehmen, daß wenn auf die privatschriftliche Abtretungserklärung wieder mehrere beglaubigte folgen, auch diese an dem Schutze des § 1155 teilnehmen würden. Hieraus ließe sich dann der allgemeine Satz ableiten, daß überhaupt auf jeden, durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erfolgten Erwerb der Hypothek die §§ 891—899 Anwendung fänden. Doch dürfte eine so weitgehende Interpretation der durch § 1155 aufgestellten Regel mit dessen Wortlaute in Widerspruch stehen. Hätte der Gesetzgeber diese Folge an die Beglaubigung knüpfen wollen, so würde er sie klarer zum Ausdruck gebracht haben.

Der gute Glaube des rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Hypothek muß in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in welchem dieselbe auf ihn übergeht, in welchem also die beiden Voraussetzungen des Erwerbes: „Übergabe des Hypothekenbriefes und Erteilung der Abtretungserkärung in schriftlicher Form" vorliegen. Rechtsmängel seines Vormannes, die er später erfährt, können ihm nicht mehr entgegengehalten werden. Hierbei ist es gleichgiltig, ob ihm eine beglaubigte oder nur eine privatschriftliche Abtretungserklärung erteilt wird. In beiden Fällen gilt sein Vormann, welcher gemäß § 1155 legitimiert ist, ihm gegenüber als im Grundbuch eingetragen, so daß er Einreden aus einem Mangel im Rechte desselben nur ausgesetzt ist, wenn ihm dieselben im Augenblicke des Erwerbes der Hypothek bekannt waren. Alle Einwendungen dagegen, welche das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Vormanne betreffen, können ohne diese Beschränkung gegen ihn geltend gemacht werden, wenn er die Hypothek ohne beglaubigte Zession erworben hat. Dieser Satz gilt auch, wenn er die Hypothek weiter überträgt, für seinen Nachfolger. Ihnen gegenüber gilt zwar, wie wir oben sahen, der letzte, gemäß § 1155 legitimierte Gläubiger noch als eingetragen. Allen Einreden aber aus der Person von dessen Rechtsnachfolgern, z. B., daß einem von ihnen der Hypothekenbrief nicht übergeben ist, ist jeder spätere Erwerber der Hypothek ausgesetzt. Wird in solchem Falle die bei einem Vormanne fehlende Beglaubigung nachgeholt und hierdurch die durch § 1155 geforderte zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen hergestellt, so kann von diesem Zeitpunkt an erst der § 1155 überhaupt zur An-

wendung kommen, und es muß der gute Glaube des Erwerbers der Hypothek hinsichtlich der Einreden aus dem Gläubiger- und Verfügungsrechte der auf den letzten, gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger folgenden Zedenten zur Zeit der Beseitigung des Mangels vorhanden sein. Hat er in der Zeit zwischen dem Erwerb der Hypothek und der Nachholung der Unterschrift einen Mangel im Rechte eines der genannten Vormänner erfahren, so würde diese Kenntnis seinen guten Glauben ausschließen.

Kannte ein späterer Erwerber Mängel im Rechte eines seiner früheren Vormänner, hatte aber dessen unmittelbarer Rechtsnachfolger die Hypothek gutgläubig erworben, so ist hierdurch der Mangel geheilt und damit das Recht von den späteren Erwerbern vollgiltig erworben,[1] doch ist derjenige, welcher nach einer zusammenhängenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen die Hypothek erwirbt, verpflichtet, die Hypothek, die mit ihr verbundenen Schuldurkunden und die Abtretungserklärungen daraufhin zu prüfen, ob sich aus ihnen nicht Mängel der Übertragung ergeben. Bezüglich der Vermerke, welche auf den Hypothekenbrief gesetzt sind, folgt dies aus § 1140. Aber auch der Inhalt der Abtretungserklärungen und der mit der Hypothek verbundenen Schuldurkunden muß dem Erwerber als bekannt gelten. Würde z. B. eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung lebt, eine Hypothek, die zu ihrem eingebrachten Gut gehört, abtreten, ohne daß die Zustimmung des Mannes auf der Abtretungserklärung ersichtlich gemacht

1) Vergl. Mugdan, Rechtsp. d. OLG. II, S. 266.

würde, so würde jeder spätere Erwerber der Hypothek den Mangel der fehlenden Zustimmung des Ehemannes gegen sich gelten lassen müssen, sofern aus der Abtretungserklärung und dem Hypothekenschein hervorginge, daß die Hypothek zu dem eingebrachten Gute der Ehefrau gehörte. Würde dies allerdings nicht der Fall sein, so würde der auf die Ehefrau folgende Gläubiger gemäß § 1404 kein vollwirksames Recht erworben haben, da er die Verfügungsbeschränkungen, welcher die Ehefrau in Ansehung ihres eingebrachten Gutes unterliegt, gegen sich gelten lassen müßte, auch wenn er sie nicht kannte. Seine Nachmänner würden aber, falls sie in gutem Glauben wären, von ihm vollgiltig die Hypothek erwerben können.

Der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ist im § 1155 ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Hypothek gleichgestellt. Unter Überweisungsbeschluß ist hier nur ein solcher zu verstehen, welcher dem Pfändungspfandgläubiger die Forderung zum Nennwerte an Zahlungsstatt überweist. Zu beachten ist, daß nicht derjenige, welcher im Wege der Zwangsvollstreckung oder kraft Gesetzes die Forderung erwirbt, geschützt wird, daß dieser vielmehr niemals ein weiteres Recht erwerben kann, als seinem Vormanne zustand, sondern nur auf denjenigen die §§ 891-899 zur Anwendung kommen, welcher von dem kraft Gesetzes oder durch Pfändung Gläubiger gewordenen Zedenten durch Rechtsgeschäft gutgläubig erwirbt. Das Gesetz redet im Hinblick auf § 1153 nur von dem Anerkenntnis der Übertragung der Forderung, doch wird der kraft Gesetzes erfolgende Übergang der Hypothek

ohne die ihr zu Grunde liegende Forderung ebenso zu behandeln sein, da in diesem Falle sich die Hypothek in eine Grundschuld verwandeln wird, auf diese aber der § 1155 in Gemäßheit des § 1192 Anwendung findet. Zur Ausstellung des Anerkenntnisses ist der bisherige Gläubiger auf Grund der §§ 403, 412 verpflichtet, die Kosten der Beglaubigung hat aber in diesem Falle der neue Gläubiger zu tragen.

4. Einwendungen des Eigentümers dem neuen Gläubiger gegenüber aus zeitlich vor der Abtretung der Hypothek liegenden Tatsachen.

Nach § 404 kann der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber die Einwendungen erheben, welche zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Glaubiger begründet waren. Derselbe Satz gilt auch für die Hypothek insofern, als dem Eigentümer des belasteten Grundstücks sämtliche ihm und dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung und die Hypothek zur Zeit der Übertragung der Forderung zustehenden Einwendungen, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches entgegenstehen, auch dem neuen Gläubiger gegenüber in Ansehung der Hypothek erhalten bleiben. Hinsichtlich der dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung, sowie der nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden folgt dies aus den §§ 1137 und 1138. Der Eigentümer ist aber nicht auf diese Einreden beschränkt, sondern kann überhaupt sämtliche Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam entgegenhalten.

Würde der Eigentümer z. B. geltend machen können, daß die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung nicht entstanden oder erloschen sei, so würde diese Einwendung beim Fehlen der Voraussetzung des § 892 jedem Erwerber der Hypothek entgegengesetzt werden können, da bei dieser Sachlage die Hypothek dem abtretenden Gläubiger gar nicht mehr zugestanden hätte, sondern dem Eigentümer selbst gemäß § 1163 zugefallen wäre.

Der auf diese Weise dem Eigentümer gewährte Schutz wird noch durch den § 1157 insofern erweitert, als hier bestimmt wird, daß eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden kann, es sei denn, daß derselbe die Hypothek durch Rechtsgeschäft erworben hat und hinsichtlich der Einrede gutgläubig gewesen ist, die Einrede sich auch nicht aus dem Inhalt des Grundbuches oder einem Vermerk auf dem Hypothekenbriefe ergiebt. Nach der Denkschrift zum E. S. 672 sind hierdurch besonders solche Einreden getroffen, welche sich daraus ergeben, daß der bisherige Gläubiger sich dem Eigentümer gegenüber verpflichtet hat, von der Hypotek keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch zu machen oder sie löschen zu lassen. Es würde also hierunter fallen das Versprechen des Gläubigers, auf die Hypothek verzichten zu wollen, die Hypothek vor einem bestimmten Zeitpunkt nicht zu kündigen, den eingetragenen Zinsfuß zu ermäßigen oder die Hypothek nicht weiter abzutreten. Um nun diesen aus einem lediglich obligatorischen Rechtsverhältnisse zwischen

dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger entspringenden Einreden auch gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbern der Hypothek gegenüber Wirksamkeit zu verleihen, ist dem Eigentümer auf Grund der für anwendbar erklärten §§ 894, 899 die Befugnis erteilt, die Eintragung derselben im Wege der Berichtigung des Grundbuches oder eines Widerspruches gegen den Inhalt desselben zu erzwingen.

Daß dem Eigentümer weiter unter den Einschränkungen, welche sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuches ergeben, jedem Erwerber der Hypothek gegenüber alle Einwendungen erhalten bleiben, welche sich gegen das Bestehen des dinglichen Rechts der Hypothek wenden, folgt aus der rechtlichen Natur derselben. Unter diese Kategorie würden z. B. fallen die Einwendungen, daß die zur Entstehung der Hypothek erforderliche Einigung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig oder wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung rechtzeitig angefochten sei, oder daß der Eintragungsvermerk der Hypothek nicht den durch § 1115 vorgeschriebenen Inhalt habe oder daß die Hypothek wegen eingetretener auflösender Bedingung erloschen sei.

5. Einwendungen des Eigentümers aus zeitlich nach der Abtretung der Hypothek liegenden Tatsachen.

Während die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger bestehenden, im Grundbuch eingetragenen oder dem Zessionar bekannten Ein-

wendungen hinsichtlich der Hypothek auch gegen den neuen Gläubiger ihre Wirksamkeit behalten, können aus Tatsachen, die zeitlich nach der Abtretung liegen, Einwendungen gegen den hypothekarischen Anspruch des neuen Gläubigers nicht hergeleitet werden. Diesen Grundsatz spricht der § 1156 aus, indem er die Anwendung der §§ 406—408 in Ansehung der Hypothek ausschließt Es ist also der Eigentümer niemals berechtigt, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber bei Geltendmachung der Hypothek, was sonst nach § 1142 möglich wäre, aufzurechnen. Der Eigentümer muß ferner, selbst wenn er im guten Glauben an den Zedenten, welcher inzwischen die Hypothek abgetreten hatte, leistete, den neuen Gläubiger, welcher den dinglichen Anspruch geltend macht, nochmals befriedigen und ist darauf beschränkt, seine Leistung von dem bisherigen Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung oder der etwa vorliegenden unerlaubten Handlung zurückzuverlangen. Hierdurch können unter Umständen sich sehr große Schwierigkeiten für ihn ergeben. Dagegen, daß die Hypothek zur Zeit seiner Leistung nicht bereits anderweitig abgetreten ist und er somit nicht noch einmal in Anspruch genommen werden kann, ist er völlig gesichert, nur wenn er Zug um Zug gegen die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung zahlt (§§ 1144, 1145), also die ihm obliegende Leistung an Grundbuchamtsstelle gegen Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Erkärungen des eingetragenen Gläubigers erbringt. Denn anderenfalls könnte, da die Eintragungsanträge in der Reihen-

folge ihres Eingangs beim Grundbuchamt zur Erledigung kommen, auf Grund einer von dem Zedenten einem anderen Gläubiger ausgehändigten und früher als der Antrag des Eigentümers auf Berichtigung des Grundbuchs beim Grundbuchamt eingegangenen Umschreibungsbewilligung zur Zeit seiner Leistung schon ein neuer Gläubiger im Grundbuch eingetragen sein. Bei der Briefhypothek gewährt nicht einmal die Aushändigung des Hypothekenbriefes und das Anerkenntnis des Übergangs der Hypothek dem Eigentümer völligen Schutz. Denn es ist möglich, daß der Zedent zur Zeit der Annahme der Leistung nur noch unmittelbarer Besitzer des Hypothekenbriefes war, denselben also schon durch constitutum possessorium einem anderen übertragen hatte. Es würde das Verlangen der Aushändigung des Hypothekenscheins aber noch immer das sicherste Mittel für den Eigentümer sein, um einer doppelten Inanspruchnahme zu entgehen, da ein solcher Fall im Verkehr kaum vorkommen dürfte. Kann die Übergabe des Hypothekenbriefes, z. B., bei bloßer Teilleistung nicht gefordert werden, so ist es für den Eigentümer jedenfalls ratsam, auf dem Hypothekenbrief sich die erfolgte Zahlung bescheinigen zu lassen, was ein späterer Gläubiger auf Grund des § 1140 gegen sich gelten lassen müßte.

Zu beachten ist, daß die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 406—408 nur in Ansehung der Hypothek ausgeschlossen ist, daß dieselben aber in Ansehung der Forderung Gültigkeit behalten. Tilgt also der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, nach der Abtretung der Forderung, aber bevor er von der

Abtretung Kenntnis erhalten hat, seine Schuld, so erlischt damit die Forderung, da der neue Gläubiger diese Zahlung bezüglich der Forderung gegen sich gelten lassen muß, aber die dingliche Haftung wird durch den Untergang der Forderung nicht berührt. Es verwandelt sich die Hypothek auch nicht etwa in eine Grundschuld, was sonst beim Erlöschen der Forderung der Fall ist. Die Forderung wird in Grundlage des § 1138 vielmehr als fortbestehend fingiert, sodaß die Hypothek dem neuen Gläubiger vollgiltig erhalten bleibt. Der Eigentümer muß also an diesen noch einmal leisten und ist darauf angewiesen, den bisherigen Gläubiger regreßpflichtig zu machen.

Von dieser Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger macht der Satz 2 des § 1156 eine Ausnahme hinsichtlich der Kündigung. Es muß nämlich der neue Gläubiger eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Hat umgekehrt der Zedent vor der Abtretung die Hypothek gekündigt, so ist die Kündigung auch dem Zessionar gegenüber wirksam.

Dieser kann sich nicht darauf berufen, daß er die erfolgte Kündigung nicht gekannt und auch aus dem Grundbuch nicht habe ersehen können, weil die Tatsache der Kündigung im Gegensatz zu den Kündigungsfristen zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet ist. Eine Kündigung dagegen, die der Zedent nach der Abtretung, aber vor Benachrichtigung des Eigentümers von

der Abtretung vornimmt, ist dem Zessionar gegenüber in Gemäßheit des Abs. 1 des § 1156 unwirksam.

Zweckmäßigkeitserwägungen und die Bedürfnisse des Verkehrs, welche schon die Aufnahme der Sonderbestimmung über die Kündigung in das Gesetz veranlaßt haben, haben weiter dahin geführt, die aufgestellten Grundsätze in Ansehung der Zinsen und anderen Nebenleistungen zu durchbrechen und hinsichtlich ihrer dem Eigentümer eine freiere Stellung und Schutz gegen doppelte Inanspruchnahme einzuräumen. Der § 1158 schließt nämlich die Einwendungen der §§ 406—408 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger aus, soweit die Forderung auf Zinsen und andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalender-Vierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder im folgenden Vierteljahr fällig werden, und benimmt dem neuen Gläubiger das Recht, sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406—408, 1157 zustehen, auf die Vorschriften des § 892 zu berufen, der Eigentümer kann also stets die Zinsen für ein halbes Jahr an den ihm bekannten, bisherigen Gläubiger entrichten, ohne befürchten zu müssen, infolge eines schon erfolgten, ihm aber nicht bekannten oder in diesem Zeitraum sich vollziehenden Wechsels in der Person des Gläubigers der Gefahr ausgesetzt zu werden, die Zinsen noch einmal an einen neuen Gläubiger bezahlen zu müssen. Die Leistung befreit den Eigentümer nicht nur in Ansehung der Forderung, sondern auch der Hypothek dem neuen Gläubiger gegenüber. Ebenso ist der Eigentümer berechtigt, eine

ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber bis zur Höhe der in dem laufenden und folgenden Kalendervierteljahre fälligen Nebenleistungen aufzurechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerb der Gegenforderung von der Übertragung Kenntnis hatte, oder daß die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als der Zins- und sonstige Nebenanspruch fällig geworden ist. Er kann überhaupt sämtliche Einwendungen, die ihm gegen die Forderung oder die Hypothek des bisherigen Gläubigers zustehen, selbst wenn sie dem neuen Gläubiger nicht bekannt und im Grundbuch nicht eingetragen waren, soweit die erwähnten Ansprüche inbetracht kommen, auch gegen die dingliche Klage des neuen Gläubigers wirksam vorschützen.

Streit herrscht über die Frage, was unter den nicht später, als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder im folgenden Kalendervierteljahr fällig werdenden Zinsen zu verstehen ist. Während Turnau-Förster I § 1158 II, Cosack II, § 231 Nr. III 1, Rechtspr. d. OLG. IV, Nr. 23c, S. 73 zur Auslegung die ähnlichen Bestimmungen der §§ 573, 1123, 1124 heranziehen und die Ansicht vertreten, daß auch im § 1158 nur der Zeitabschnitt gemeint ist, für welchen die Zinsen bestimmt sind, stehen Neumann I § 1158 I und Planck, § 1158 IIIc auf dem Standpukt, daß lediglich die Fälligkeit entscheidend ist, ohne Rücksicht auf den Zeitraum, für welchen die Zinsen zu entrichten sind. Letzterer Auffassung wird man sich wohl auf Grund des strikten Wortlautes des § 1158 und gerade wegen der ab-

weichenden Fassung von ähnlich lautenden Bestimmungen anzuschließen haben.

Eine weitere Meinungsverschiedenheit ist darüber entstanden, ob den Eigentümer oder den neuen Gläubiger die Beweispflicht für den Zeitpunkt trifft, an welchem der Eigentümer von der Abtretung der Forderung Kenntnis erlangt hat. Nach Planck — § 1158 III c — S. 545 — liegt dem Eigentümer gegenüber der Klage des neuen Gläubigers nur der Beweis der Zahlung oder der sonstigen Tilgung der Zinsen und damit auch des Zeitpunktes dieser Tilgung ob. Sache des Gläubigers sei es demgegenüber darzutun, daß er die Tilgung nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, weil der Eigentümer schon in einem früheren Zeitpunkt als in dem der Zeit der Fälligkeit vorausgehenden Kalendervierteljahr die Übertragung erfahren habe. Turnau-Förster I § 1158 S. 677 ist der Ansicht, daß der beklagte Eigentümer beweisen muß, wann er die Abtretung erfahren hat. Neumann I § 1158 III ist derselben Meinung, will aber dem Eigentümer nur den Nachweis dafür aufbürden, wie und wann er entsprechend dem normalen Verlaufe der Dinge, z. B. durch Mitteilung des Gläubigers oder durch Benachrichtigung seitens des Grundbuchamts, Kenntnis erlangt habe, und es dem Gegner, der eine frühere Kenntnis behauptet, überlassen, dieselbe zu beweisen. Er begründet diese Regelung der Beweislast damit, daß die Vorschriften des § 1158 gegenüber den §§ 1156, 1157, 892 eine Ausnahme bilden und daher der Eigentümer, der sich auf dieselbe berufe, für ihre Voraussetzungen beweispflichtig sei, doch dürfte den Erwägungen Neumann's nicht zu folgen

sein. Die allgemeine Regel ist in den §§ 406 bis 408 aufgestellt. Nach ihnen trifft die Beweispflicht den neuen Gläubiger. Dieser Vorschrift gegenüber enthalten die §§ 1156, 1157 Sonderbestimmungen für die Hypothek. Der § 1158 bedeutet dagegen wieder eine Rückkehr zu den allgemeinen Grundsätzen der für die Forderung geltenden Vorschriften, würde also den Charakter einer Ausnahme-Vorschrift garnicht haben. Man wird deswegen wohl der Ansicht von Planck beitreten müssen.

Die Grundsätze, welche der § 1158 für die in dem genannten Zeitraum fällig werdenden Nebenansprüche aufstellt, gelten in gleicher Weise nach § 1159 auch für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen, deren Abtretung sich überhaupt nach den §§ 398—413 richtet und somit auch den Bestimmungen der §§ 404, 406—408 unterstellt ist.

6. Teilabtretung. Abtretung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen.

Wie die Parteien einen vollständigen Wechsel in der Person des Gläubigers herbeiführen können, so ist es ihnen auch unbenommen, nur den teilweisen Übergang der Hypothek zu vereinbaren. Der Gläubiger kann ferner die Hypothek an mehrere Personen in der Weise abtreten, daß jeder einen bestimmten Teil derselben erwirbt. Ebensowenig wie zur Abtretung überhaupt, ist zu diesem Rechtsgeschäfte die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, selbst wenn die Teilung für ihn Unzuträglichkeiten im Gefolge hat. Seine Zuziehung

ist nicht einmal nötig, wenn die Parteien das Rangverhältnis der Teilhypotheken unter einander ändern wollen (§ 1151). Im Zweifel haben nämlich bei der durch Rechtsgeschäft bewirkten Teilung der Hypothek die mehreren Teilhypotheken gleichen Rang, doch sind abweichende Parteivereinbarungen nicht ausgeschlossen. Die Formen der Abtretung eines Teils der Hypothek sind dieselben, wie für die Abtretung überhaupt, also bei Buchhypotheken Einigung und Eintragung, und bei Briefhypotheken Einigung, Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes. Da der Eigentümer sich zur Übergabe des Hypothekenbriefes oder zur Einräumung des Mitbesitzes an denselben[1] bei teilweisem Übergange der Hypothek nur schwer herbeilassen wird, ist ihm durch § 1152 die Möglichkeit gegeben, in Grundlage des § 61 der GO. für jeden Teil sich einen Teil-Hypotheken-Brief herstellen zu lassen und durch dessen Übergabe die Abtretung der Hypothek zu bewirken. Eine Teilabtretung der Hypothek ist auch die Übertragung des mit der Hypothek verbundenen Zinsanspruches und muß demgemäß in den gleichen Formen erfolgen.

Bei der Abtretung noch nicht fälliger Zinsen bestimmt sich die Zulässigkeit von Einwendungen aus nach der Abtretung zwischen Eigentümer und bisherigem Gläubiger vorgenommenen Rechtsgeschäften oder nach diesem Zeitpunkt ergangenen rechtskräftigen Urteilen nach §§ 1156, 1158, da diese Vorschriften auch Anwendung finden, wenn die Zinsen selbständig übertragen werden.

1) Vgl. Mugdan, Rechtsp. d. OLG. II, S. 273; Meckl. Zeitschrift für Rechtspflege XX, S. 88.

Was hier von Zinsen gesagt ist, gilt in derselben Weise für mit der Hypothek verbundene sonstige Nebenleistungen, zu welchen jedoch die als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmähliger Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beiträge nicht zu rechnen sein dürften.[1]

Etwas anderes, wie für die in Zukunft fällig werdenden Zinsen gilt für die Rückstände von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, sowie für den Anspruch auf Erstattung der Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Deren Übertragung erfolgt gemäß § 1159 durch formlosen Abtretungsvertrag und richtet sich überhaupt nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Der Erwerber dieser Rechte ist daher allen zur Zeit der Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber begründeten Einwendungen ausgesetzt, ohne sich auf gutgläubigen Erwerb und den Inhalt des Grundbuchs berufen zu können. Es würden hierher gehören sämtliche zur Zeit des Übergangs der Forderung bereits fälligen Nebenleistungen. Eine formlose Abtretung von nach diesem Zeitpunkt zu entrichtenden Zinsen wäre nichtig und würde auch durch den Eintritt der Fälligkeit derselben nicht konvaleszieren.[2]

Ob mit der Zession des Hauptanspruchs auch die künftigen Zinsen und sonstigen Nebenleistungen abgetreten sind, ist Frage der Auslegung des betreffenden Vertrages. In der Regel würde allerdings aus der rechtlichen Natur

---

1) Siehe Planck § 1115 Nr. 4a, S. 459. A. M. Mugdan Rechtspr. des OLG. IV. Nr. 23 S. 70 und die dort aufgeführten Schriftstellen

2) A. M. Boehm, Grundbuchrecht § 1159.

dieser Ansprüche als Nebenrechte, welche das Schicksal der Hypothekenforderung im allgemeinen teilen, ihr Übergang auf den neuen Gläubiger folgen. Etwas anders ist es mit den schon in der Vergangenheit fällig gewordenen, rückständigen Zinsen. Diese stehen nicht mehr zu dem Hypothekenanspruch im Verhältnis eines Nebenrechts, sind vielmehr von der Abhängigkeit, in welcher sie zu der Hypothekenforderung standen, befreit, und müssen daher, wenn sie auf den neuen Gläubiger mit übergehen sollen, besonders auf ihn übertragen werden. Erstreckt sich der Abtretungsvertrag auf sie, so kann er, soweit sie in Betracht kommen, im Gegensatz zu den für die Übertragung des Hypotheken-Anspruchs geltenden Formvorschriften formlos abgeschlossen werden. Würde aber in solchem Falle die für die Zession des Hypothekenanspruchs vorgeschriebene Form nicht beobachtet sein, so würde nicht ohne weiteres die Rechtswirksamkeit des Vertrages hinsichtlich der rückständigen Zinsen, für welchen eine Formvorschrift nicht bestände, im Gegenteil nach 139 BGB. in der Regel auch dessen Nichtigkeit anzunehmen sein.

Mit der Übertragung geht im Zweifel auch bei diesen rückständigen Zinsen die Hypothek auf den neuen Gläubiger auf Grund des § 401 über, doch kann, da der § 1153 hier nicht zur Anwendung kommt, der Übergang der Hypothek ausgeschlossen werden, was ihr Erlöschen zur Folge haben würde (§ 1178).

Für Verzugszinsen verneinen Mittelstein § 67, S. 144 Anmerkung 2 — und Kober, § 1159[1d], die Geltung des § 1159, da ihre ausdrückliche Erwähnung im Entwurf III § 1142 von der Reichstagskommission gestrichen sei. Doch dürfte

hieraus nicht zu folgern sein, daß sie deswegen nicht dem § 1159 unterfallen, sondern nur, daß für sie besondere Vorschriften nicht gelten. Soweit sie also bereits fällig sind, würde sich ihre Abtretung nach § 1159 richten.

7. Abtretung von Sicherungshypotheken.

Aus der rechtlichen Natur der Sicherungshypotheken ergeben sich auch für ihre Abtretung eine Reihe von Unterschieden gegenüber den für die Verkehrshypothek aufgestellten Grundsätzen. Während die Verkehrshypothek hauptsächlich darauf berechnet ist, im wirtschaftlichen Leben ein Umlauf-Mittel zu bilden, soll die Sicherungshypothek nur das einer bestimmten Person geschenkte Vertrauen durch Heranziehung der dinglichen Haftung erhöhen. Es ist daher, weil kein Gewicht auf die Möglichkeit leichten Umsatzes gelegt wird, für die Sicherungshypothek die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen, sodaß sich ihr Übergang auf einen neuen Gläubiger, wie bei der Buchhypothek, nur durch Einigung und Eintragung vollziehen kann. Während ferner die Verkehrshypothek von dem gutgläubigen Erwerber als originäres Recht erworben wird, ist durch § 1185 gerade die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 1138 und 1156, welche den Fortbestand der Hypothek in 3. gutgläubiger Hand von der Forderung unabhängig stellen sollen, für die Sicherungshypothek ausgeschlossen. Es streitet also bei ihr keine Rechtsvermutung für das Bestehen der gesicherten Forderung und für das Fehlen von Einreden gegen dieselbe, welche nicht aus dem

Grundbuch ersichtlich sind. Dagegen behält der § 1157 auch für die Sicherungshypothek Geltung, wie überhaupt in Ansehung des dinglichen Rechts die §§ 891—899 uneingeschränkte Anwendung finden. Würde z. B. eine Sicherungshypothek entgegen der Bestimmung des § 1184, Abs. 2 im Grundbuch nicht als solche bezeichnet sein, so würde sie auf den gutgläubigen Erwerber als Verkehrshypothek übergehen. Weiter kann der gutgläubige, eingetragene Erwerber der Sicherungshypothek auch für den Übergang der Forderung sich auf die Eintragung berufen.[1] Der entgegengesetzten Ansicht von Boehm — S. 280 II, — welcher dem Gläubiger, der aus der Sicherungshypothek die dingliche Klage anstellt, den Nachweis dafür aufbürden will, daß die persönliche Forderung auf ihn übergegangen sei, dürfte nicht beizutreten sein. Der Gläubiger kann sich nur zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen; in Ansehung des Übergangs derselben auf ihn dagegen ist ihm der Schutz des § 891 nicht versagt, da erst die Eintragung im Grundbuch den Erwerb der Forderung bewirkt und somit auch für denselben eine Rechtsvermutung begründen muß. Bestreitet dagegen der Eigentümer dem Erwerber gegenüber die Entstehung der Forderung, so ist der neue Gläubiger trotz redlichen Erwerbs der Hypothek genötigt, den Nachweis des Bestehens der Forderung zu erbringen. Ebenso ist er auch allen sonstigen Einwendungen ausgesetzt, welche gegen die Forderung nachträglich entstanden sind, oder welche der Eigentümer gemäß § 1137 vorschützen kann.

---

1) Planck 1184 1a.

Er kann ihnen gegenüber nicht geltend machen, daß er sie nicht gekannt und auch aus dem Grundbuch nicht habe ersehen können. Es können also bei einer nach § 648 dem Unternehmer an dem Baugrundstück eingeräumten Sicherungshypothek jedem späteren Erwerber derselben noch mit Erfolg Mängel entgegengehalten werden, welche der ausgeführte Bau aufwies. Das BGB. geht sogar noch weiter und schützt den Erwerber der Sicherungshypothek nicht einmal gegen Rechtsgeschäfte, die nach der Abtretung, aber vor Kenntnis des Eigentümers von derselben zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Eigentümer vorgenommen sind. Die Anwendbarkeit des § 1156 auf die Sicherungshypothek ist nämlich durch § 1185 ausgeschlossen, sodaß die Grundsätze der §§ 406—408 hier auch in Ansehung des dinglichen Anspruchs gelten. Es empfiehlt sich daher für den neuen Gläubiger, auch wenn er durch Eintragung die Sicherungshypothek bereits erworben hat, den Eigentümer und den persönlichen Schuldner von der Abtretung tunlichst bald zu benachrichtigen. Diese könnten sonst, bis sie die Abtretung erfahren hätten, noch an den bisherigen Gläubiger mit befreiender Wirkung zahlen und hierdurch das Erlöschen der Forderung und den Übergang der Hypothek auf sich herbeiführen. Der neue Gläubiger wäre in diesem Falle auf die Regreßklage gegen den Zedenten angewiesen, im Gegensatz zu der Verkehrshypothek, bei welcher diese Gefahr den an den bisherigen Gläubiger zahlenden Eigentümer trifft.

In gleicher Weise wie die Übertragung einer Sicherungshypothek erfolgt die Abtretung einer nach

§ 1190 begründeten Höchsthypothek. Eine solche kann auch teilweise durch Einigung und Eintragung auf einen neuen Gläubiger übergehen.[1] Durch solche Teilabtretung würde für den Zessionar eine gewöhnliche Sicherungshypothek begründet werden. Damit nun nicht durch wiederholte Teilabtretungen von unter die Höchsthypothek fallenden Forderungen die durch die dingliche Belastung dem ursprünglichen Gläubiger gewährte Sicherheit allzusehr gemindert wird, läßt der Abs. 4 des § 1190 die Abtretung der Forderung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften zu und schließt in diesem Falle unter Abweichung von dem im § 1153 aufgestellten Grundsatz den Übergang der Hypothek aus. Unter dieser Forderung, welche durch formlose Abtretung von der Verbindung mit der Hypothek gelöst werden kann, ist nur ein aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse entspringender Einzelanspruch zu verstehen. Derselbe würde für die Feststellung des dem Gläubiger gebührenden Schlußguthabens überhaupt nicht mehr inbetracht kommen und somit die dem Gläubiger durch die Höchsthypothek gegebene Sicherheit nicht berühren. Eine nach § 1190 Abs. 4 erfolgende Abtretung ist daher nur vor der endgiltigen Abrechnung und der Aufhebung der der Hypothekenbestellung zu Grunde liegenden Geschäftsverbindung möglich Eine andere Ansicht vertreten Kober, § 1190, 4, Turnau-Förster, § 1190, 7 und unter eingehender Begründung Meißner § 1190,2. Sie wollen auch eine formlose Abtretung der Forderung noch nach vollständiger

1) Mugdan, Rechtspr. der OLG. IV, Nr. 71, S. 320.

Beendigung des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Hypothek bestellt war, zulassen. Im Falle einer solchen Übertragung der festgestellten Forderung würde die Höchsthypothek zwar dem bisherigen Gläubiger verbleiben, für denselben aber ohne die Aussicht, daß jemals wieder Forderungen entständen, zu deren Sicherung sie dienen könnte, keinen Wert mehr haben. Der Eigentümer könnte daher nach § 1169 den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek verlangen und damit dieselbe für sich erwerben. Es würde hiermit dieselbe Wirkung eintreten, als ob der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet hätte (§ 1168). Diese Ansicht dürfte aber dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen.

Wie die rechtliche Natur und der wirtschaftliche Zweck der Höchsthypothek eine besondere Regelung ihrer Abtretung erfordert, so ist für die allgemeinen Bestimmungen der Übertragung von Sicherungshypotheken auch kein Raum bei den durch eine Hypothek gesicherten Forderungen aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen Papier, das durch Indossament übertragen werden kann; denn diese Forderungen sind für den Verkehr bestimmt und sollen möglichst leicht ihre Gläubiger wechseln können. Demgemäß findet auch auf die Übertragung einer solchen Sicherungshypothek der § 1154 Abs. 3 keine Anwendung. Ihre Abtretung vollzieht sich nicht durch Einigung und Eintragung, sondern nach den Grundsätzen, welche für die Übertragung der gesicherten Forderung gelten, also bei den für Inhaberpapiere bestellten Hypotheken durch Übergabe des Inhaberpapiers und bei den für die Ordrepapiere bestellten durch den Vorschriften der WO.

§§ 9—13 HGB. § 364 Abs. 1, § 365 Abs. 1, genügendes Indossament. Eine öffentliche Beglaubigung des Indossaments ist nicht vorgeschrieben, wäre auch mit dem Charakter der Ordrepapiere unvereinbar. Damit nun nicht aus den formellen Vorschriften der GO. sich Schwierigkeiten daraus ergeben, daß gemäß § 29 GO. die öffentliche Beglaubigung des Indossaments oder der Nachweis der Echtheit des Inhaberpapiers durch öffentliche Urkunden als Voraussetzung einer Eintragung verlangt werden müßte, ist im § 44 Abs. 2 der GO. für Eintragungen, welche im Grundbuch auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Treuhänders erfolgen sollen, von dem Erfordernis der Vorlegung der Schuldverschreibung auf den Inhaber und des Ordrepapiers abgesehen.

Diese Hypotheken können also, obwohl sie Buch- und Sicherungshypotheken sind, noch leichter im rechtsgeschäftlichen Verkehr von Hand zu Hand wandern, als die Briefhypothek. Auch hinsichtlich der Zulässigkeit von Einwendungen aus der Person eines früheren Gläubigers genießt ihr Erwerber einen ähnlichen Schutz, wie ihn der Erwerb von Briefhypotheken gewährt. Sein Recht wird unabhängig gestellt von dem seines Vormannes. Denn dem Erwerber einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und dem gemäß Artikel 36 WO. legitimierten Besitzer eines Ordrepapieres können nach § 796 BGB. Art. 82 WO., § 364 Abs. 2 HGB. nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden, welche die Gültigkeit der Ausstellung der Urkunde, bezw. seiner Erklärung in derselben betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Es

würde dem neuen Gläubiger nicht einmal unter allen Umständen die Kenntnis der seinem Vormanne entgegenstehenden Einwendungen schaden, z. B. wie bei der Briefhypothek in der Regel dann nicht, wenn er sie erst nach dem Erwerb der Forderung erlangt hat. Diese Grundsätze gelten aber nur in Ansehung der Forderung. Hinsichtlich der Einwendungen gegen die Hypothek würde neben der Urkunde noch der Inhalt des Grundbuchs in Betracht kommen. In der Regel werden allerdings die Einwendungen, welche sich gegen den dinglichen Anspruch richten, falls sie im Grundbuch eingetragen sind, auch aus der Urkunde ersichtlich sein, da nach § 44 Abs. 1 GO. eine Eintragung nur bei Vorlage der Urkunde erfolgen und auf derselben vermerkt werden soll. Eine Ausnahme gilt jedoch gemäß Abs. 2 für Verfügungen, welche der Treuhänder über die Hypothek trifft. Diese können eine Verschiedenheit des Inhalts des Grundbuchs und der Urkunde herbeiführen. Bei solchen Widersprüchen würde der Inhalt des Grundbuches entscheidend sein und könnte jedem Erwerber der Hypothek entgegengehalten werden.

C. Die Abtretung von Grundschulden.

Wie der Unterschied zwischen der Sicherungs- und der Verkehrshypothek nur in ihrem beiderseitigen Abhängigkeitsverhältnis von der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung begründet ist, so beruht auch der Gegensatz zwischen Hypothek und Grundschuld lediglich darauf, welche Bedeutung die Forderung dem dinglichen Rechte gegenüber hat. Das dingliche Recht ist in allen Fällen das Gleiche. Dafür, ob eine Grundschuld oder eine Verkehrs- oder Sicherungshypothek vorliegt, ist ausschlaggebend lediglich die Frage, wie weit das dingliche Recht von der Forderung, zu deren Sicherung sie dient, beeinflußt wird. Man sollte nun annehmen, daß die hieraus sich ergebenden rechtlichen Verschiedenheiten der 3 Belastungsarten in ihrer Reinheit sich zeigen, sobald ein neuer Gläubiger in das Rechtsverhältnis eintritt. In Wirklichkeit treten dieselben aber nur bei der Sicherungshypothek hervor, während die Gegensätze zwischen Grundschuld und Hypothek in diesem Falle sich fast vollständig verwischen. Es beruht dies darauf, daß für die Verkehrshypothek die Forderung, auch wenn sie nicht besteht, in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers gemäß § 1138 als fortbestehend fingiert wird. Fingiert

kann aber nur etwas werden, was nicht vorhanden ist. Also trotz Nichtbestehens der Forderung würde hier die Hypothek ihre Gültigkeit behalten, hierdurch sich aber mit der Grundschuld eng berühren, welche das Bestehen einer Forderung nicht zur Voraussetzung hat.

Aus dem letzten Prinzip, daß nämlich die Grundschuld von einer Forderung unabhängig ist, ergeben sich überhaupt für ihre Abtretung die Abweichungen von den für die Hypothek aufgestellten Regeln. Alle Vorschriften, welche von der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung ausgehen, finden auf die Grundschuld keine Anwendung. Dagegen sind die Formen der Abtretung sowohl für die Brief- als für die Buchgrundschuld dieselben, wie der § 1154 sie für die Hypothek vorschreibt, so daß also auch hier die Blankozession für zulässig nicht erachtet werden kann. Einen gewissen Ersatz für dieses Institut gewährt das BGB. durch die im § 1195 geregelte Inhaber-Grundschuld. Da es möglich ist, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dient und dieser Fall sogar häufig vorkommen wird, so kommt hier zur Frage, in welcher Form die Abtretung einer solchen Forderung erfolgt. Bei der Hypothek gelten die durch § 1154 aufgestellten Formvorschriften für die Abtretung der Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek dient, bei der Grundschuld nur für die Abtretung des dinglichen Rechts. Eine daneben bestehende Forderung kann daher nur nach § 398 durch formlosen Vertrag übertragen werden. Eine solche formlose Abtretung verschafft aber dem Zessionar nicht die Grundschuld, da weder § 401 noch § 1153 hier zur Anwendung kommen. Ob überhaupt der neue Gläubiger gegen den

Zedenten der Forderung einen persönlichen Anspruch auf Übertragung der Grundschuld hat, richtet sich lediglich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis. Die §§ 1156, 1157 gelten auch für die Grundschuld. Letzterer Paragraph ist für sie von besonderer Bedeutung; da er die Verbindung zwischen der abstrakten Belastung und dem materiellen Rechtsverhältnis feststellt. Seine Anwendbarkeit auf die Grundschuld folgt daraus, daß er nur Einreden, welche sich gegen die Geltendmachung des dinglichen Rechts wenden, betrifft. Eine solche Einrede steht z. B. dem Eigentümer in den für die Grundschuld besonders wichtigen Fällen ihrer fiduziarischen Abtretung zu, wenn sie dem Gläubiger nur zur Sicherung für eine Forderung, welche er gegen den Eigentümer des Grundstücks hat, übertragen wird. Eine solche Vereinbarung bedeutet nämlich, daß dem Gläubiger die Grundschuld nur bis zur Tilgung der gesicherten Forderung zustehen, er aber nicht berechtigt sein soll, die Grundschuld weiter abzutreten, vielmehr verpflichtet ist, die Grundschuld auf den Eigentümer zurück zu übertragen, sobald die Sicherung der Forderung nicht mehr erforderlich ist. Eine ähnliche Einrede gewährt dem Eigentümer ein Abkommen, durch welches sich der Gläubiger verpflichtet hat, die Grundschuld an einen von dem Eigentümer zu benennenden Dritten auf Verlangen des Eigentümers abzutreten. Eine solche Vereinbarung ist eintragungsfähig (s. Planck § 1144, 4 S. 515; a. M. Mugdan, Rechtsp. d. OLG. I. S. 424) und unterfällt im Falle der Eintragung dem § 1157. Außer den durch § 1157 dem Eigentümer gewährten Einreden kann derselbe unter den Einschränkungen, welche sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs

ergeben, noch die Einwendungen geltend machen, welche sich gegen das Bestehen der Grundschuld oder gegen die Aktivlegitimation des Gläubigers wenden, sowie die Einreden, welche auf einem persönlichen Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem neuen Gläubiger beruhen.

Auf die neben der Grundschuld zu entrichtenden Zinsen kommen gemäß § 1192, Absatz 2 die §§ 1158, 1159 unmittelbar zur Anwendung. Sie gelten auch nach § 1200 für die einzelnen auf Grund einer Rentenschuld zu erbringenden Leistungen.

Im allgemeinen gelten also die für die Hypothek dargelegten Grundsätze auch für die Grundschuld. Besonderheiten sind nur für die Abtretung von Inhabergrundschulden bestimmt. Auf sie finden nämlich nach § 1195 die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung. Sie nähern sich also den für solche Forderungen bestellten Sicherungshypotheken. Ihre Abtretung verlangt außer der Einigung und der Übergabe des Grundschuldbriefes nicht noch Abtretungserklärung in schriftlicher Form oder Eintragung, Grundschuldgläubiger ist überhaupt nach § 793 BGB. der jeweilige Inhaber des Grundschuldbriefes, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Den Einwand der mangelnden Verfügungsbefugniß zu erheben, ist der Aussteller der Urkunde aber nur berechtigt; eine Verpflichtung hierzu besteht für ihn nicht. Der Eigentümer wird durch die Leistung an den Inhaber des Briefes befreit, selbst wenn er von einem Mangel im Rechte desselben Kenntnis hatte, und erwirbt auch in diesem Falle durch die Aushändigung des Briefes das Eigentum an demselben und damit die Grundschuld.

Als Einwendungen sind überhaupt nur solche zulässig, welche die Giltigkeit der Ausstellung betreffen, oder sich aus dem Briefe ergeben, oder dem Eigentümer unmittelbar gegen den Gläubiger zustehen. Zu den die Giltigkeit der Ausstellung betreffenden Einwendungen gehören bei den Inhabergrundschulden auch diejenigen, welche sich gegen die Entstehung des dinglichen Rechts wenden. Ihre Geltendmachung gegen spätere Erwerber der Grundschuld ist aber durch die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuches beschränkt. Soweit sie weder aus dem Grundbuch noch dem Grundschuldbrief ersichtlich noch dem neuen Gläubiger zur Zeit des Erwerbes des Rechts bekannt waren, können sie ihm nicht entgegengehalten werden.

Die Rentenschuld kann ebenfalls in der Weise bestellt werden, daß der Rentenschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. In diesem Falle finden die für Inhabergrundschulden geltenden Vorschriften auf sie entsprechende Anwendung. Auch sonst richtet sich ihre Abtretung, da sie überhaupt nur eine Unterart der Grundschuld bildet, nach den für die Übertragung des Kapitals der Grundschuld dargelegten Grundsätzen, soweit die Ablösungssumme in Betracht kommt, erfordert also bei der Buchrentenschuld Einigung und Eintragung und bei der Briefrentenschuld Einigung, Abtretungserklärung in schriftlicher Form oder Eintragung und Übergabe des Briefes (§ 1200).